

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2013.01.016

# 论羁押复查制度的科学构建<sup>\*</sup>

董林涛<sup>1</sup>, 钱星汝<sup>2</sup>

(1. 中国政法大学研究生院, 北京 100088; 2. 梁平县国土资源监测所, 重庆 405200)

**摘要:**新刑事诉讼法采取多种措施试图降低逮捕和羁押率,以贯彻“尊重和保障人权”的理念,维护犯罪嫌疑人、被告人的基本人权和其他合法权利。刑事诉讼法第93条规定的羁押复查制度即为此例。但是该规定过于原则,缺乏可操作性。如何科学构建羁押复查制度,使之成为体系完整、内容合理、具有实效性的保障人权举措成为当前亟待解决的重大问题。

**关键词:**未决羁押; 羁押复查; 人权保障; 科学构建

**中图分类号:**D922.14 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2013)01-00105-05

## 一、引言

继“尊重和保障人权”2004年被写入宪法后,新刑事诉讼法将其规定在刑事诉讼法第2条中,成为我国刑事诉讼的基本任务之一,也是刑事诉讼法再修改所遵循的基本精神和原则。“尊重和保障人权”的首要内涵就是保障被追诉人即犯罪嫌疑人、被告人的权利。<sup>[1]</sup>强制措施作为保障刑事诉讼顺利进行的保障性措施,尤其是逮捕,对于犯罪嫌疑人、被告人而言,意味着人身自由被限制或者剥夺。虽然这种“侵犯”具有必要性、合法性、不可避免性,但是强制措施的采用必须符合刑事司法中的比例原则,即强制措施的强度必须与案件的严重程度、适用对象的社会危险性相适应。既要保障刑事诉讼的顺利进行,又不能过度侵犯犯罪嫌疑人、被告人的人身自由权利,应以保障刑事诉讼顺利进行为限。逮捕作为目前刑事诉讼法规定的强制措施中强度最大的一种措施,一旦适

用即意味着犯罪嫌疑人、被告人的人身自由被完全剥夺。在司法实践中,由于逮捕后犯罪嫌疑人、被告人即被羁押,能确保其始终处于公安司法机关的控制之下,为公安司法机关获取口供提供了极大的便利,逮捕本来保障性功能异化为侦查的一种手段,“以捕代侦”的现象十分严重。刑事诉讼法并未规定未决羁押的期限,往往随着刑事诉讼的进程和变化而无限延长。同时,80%被刑事拘留的犯罪嫌疑人被检察机关批准逮捕<sup>[2]</sup>。逮捕功能的异化、过高的逮捕率严重损害了犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,影响我国在国际刑事司法领域的形象。在“尊重和保障人权”理念的指导下,本次刑事诉讼法修改力求降低逮捕率和高羁押率,通过取保候审与监视居住分离,严格监视居住的适用条件、强化监视居住的约束力,缩小监视居住与逮捕的落差,细化逮捕的条件等等措施来缩小逮捕的适用范围。其中比较引人注目的即

\* [收稿日期]2012-06-12

[作者简介]董林涛(1987—),男;中国政法大学研究生院刑事司法学院2010级刑诉专业硕士研究生,主要从事刑事诉讼法学研究。

为羁押复查制度。

刑事诉讼法第93条规定,“犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后,人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。对不需要继续羁押的,应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在十日以内将处理情况通知人民检察院”。这是刑事诉讼法首次规定羁押复查制度,是本次刑事诉讼法修改的一个创新。一方面通过对其他强制措施的改造和扩容,事前减少逮捕的适用,另一方面通过对逮捕的必要性进行审查,对没有必要继续羁押的犯罪嫌疑人、被告人予以释放或者变更强制措施,事中降低逮捕羁押的比率,双管齐下,凸显刑事诉讼法降低羁押率,扭转被异化的逮捕羁押功能,维护被追诉人的合法权利和诉讼权利的決心,是一个巨大进步。但是该法条内容高度原则化,对具体制度的构建语焉不详,可操作性不够,在司法实践中很容易被虚置。因此,有必要在今后的司法解释中对该制度进行细化和丰富,使之具有可操作性。但在司法解释的制定过程中,必须严格遵循该制度的立法目的,从立法者的立法原意出发,践行“尊重和保障人权”的理念,对该制度进行解释和构建。以下参照国外立法例,结合我国刑事司法现状,对羁押复查制度的科学构建提出合理化建议。

## 二、科学构建羁押复查制度的必要性

### (一) 维护犯罪嫌疑人、被告人的基本人权

自由权作为人权之中最基本的权利,与生命权一起构成了人类赖以生存的基础。<sup>[3]</sup>《世界人权宣言》序言第一句话就指出:“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础”。逮捕作为一种剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的最严厉的强制措施,不仅公安机关提请批准逮捕、检察机关或者法院批准、决定逮捕时一定要慎重,严格依照刑事诉讼法规定的条件,而且在逮捕以后,应当持续对羁押的必要性进行审查,确保无必要继续羁押的犯罪嫌疑人、被告人尽早被释放或者适用其他强制措施。在未决羁押中,据以逮捕的案件事实发生重大变化,比如有罪证据被新的证据推翻,事先评估的拟判处刑罚过高,都会导致继续羁押的必要性丧失。在原刑事诉讼法没有规定羁押复查制度的时候,即使这种情形出现,公安司法

机关也不会对羁押必要性进行复查,更不会主动将犯罪嫌疑人、被告人予以释放或者变更强制措施。这对此种情形下的犯罪嫌疑人、被告人来说完全是不公正的,甚至是暴力的。实际上是对犯罪嫌疑人、被告人基本人权的野蛮夺取来为刑事诉讼法的不完善来买单,严重违背现代法治理念下公权力行使的最终目的是为私权利服务的核心内涵。同时,作为现代刑事诉讼基石的无罪推定原则的基本精神已经在我国刑事诉讼法中有所体现。《刑事诉讼法》第12条规定,“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”;第49条规定,“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担,自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担”。无罪推定的基本含义是指在刑事诉讼中任何被怀疑犯罪或者受到刑事指控的人在未经司法程序最终确认有罪之前,在法律上应推定或假定其无罪,或者说不得被认定为有罪的人。<sup>[4]</sup>处于未决羁押状态下的人在法律上都是无罪的人,其被剥夺人身自由的主要原因是在符合法定刑罚要求的同时,对其监视居住不能防止发生法定的社会危险,或有妨碍刑事诉讼顺利进行的危险。这也决定了羁押的限度仅止于防止发生特定的社会危险性。如前所述,情况发生正向变化,羁押的必要性已经消失,就应当遵循《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款“等候审判的人受监禁不应作为一般的规则”之规定,恢复其人身自由或仅在一定程度上限制其人身自由。若欲实现这种状态,保障被羁押的人权,羁押复查制度必不可少。

### (二) 弥补立法的不足、提高羁押复查制度的可操作性

刑事诉讼法仅花费了一个条文就构建了羁押复查制度,从前引第93条条文内容可以看出,对羁押复查制度的规定相当笼统,含糊,原则性极强,在司法实践中会使相关主体无所适从。例如对于羁押复查的周期,羁押复查的内容,被羁押人及其法定代理人、辩护人的参与权、羁押复查的具体程序等等重要内容,从法条之中无法找到合适的答案。因此,在下一步的条文解释过程中,不仅要弥补第93条存在的立法疏漏,更要科学地进行弥补,要严格按照此次刑事诉讼法修改的意图和目的,正确处理惩罚犯罪和保障人权的关系,合理地进行补充,使之成为有活力的能够保障被羁押

人人权的盾牌。因此,对羁押复查制度的科学构建成为完成这一使命的必由之路。

### 三、科学构建羁押复查制度的构想

刑事诉讼法是规范国家机关追究、惩罚犯罪程序、保障诉讼参与人,尤其是犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利和其他合法权利的程序法。程序法的性质,决定了刑事诉讼法本身所包含的所有程序都应当具有可操作性。一旦程序不具可操作性,就意味着公权力的行使缺乏必要的限制,私权利的保护缺乏保障。一个完整的诉讼制度,应当包括主体、适用对象、适用范围、具体操作程序、救济与惩罚手段等内容。有必要在司法解释出台之前提出科学构建羁押复查制度的合理化建议。

#### (一) 羁押复查制度的主体

刑事诉讼法第93条将羁押复查的权力交给了检察机关,有学者认为主要基于以下考虑:第一,检察机关作为我国行使逮捕决定权的主要机关,由其负责审查,符合公、检、法之间的权利架构,同时审查批准逮捕的检察官团队为羁押复查制度提供了人员支持。第二,符合宪法和刑事诉讼法对检察机关为法律监督机关的定位。<sup>[1]164</sup>新刑事诉讼法刚颁布,法律的稳定性致使对于主体的争论已经没有实际意义。从上述学者的观点可以看出,刑事诉讼法修改的功利性色彩,力图在不大规模改动法律的前提下,实现宏伟的改革目标。在接受检察机关为羁押复查制度主体的现实之后,如何充分发挥检察机关的法律监督职能,如何保证检察机关能实施好这一制度是需要考虑的问题。法律监督机关的定位与监督职能弱化的矛盾由来已久,至今刑事诉讼法尚未能很好地解决。只有赋予检察机关更多的权力,扭转其他机关对于法律监督职能的无视态度,才能使检察机关成为真正意义上的法律监督机关。只有成为真正的法律监督机关,才能行使好刑事诉讼法赋予其的羁押复查制度主体地位所应有的权力,实现羁押复查制度的限制公权力、保障被羁押人人权的立法目的。

#### (二) 羁押复查制度的启动方式

刑事诉讼法第93条规定羁押复查制度由检察机关主动进行。羁押复查制度虽有千般好,但是增加了检察机关,尤其是审查批捕部门的工作量。司法资源紧张是现实,高速捕羁押率亦是现

实。在这种现实状况下,成倍增加工作量是检察机关不愿意看到的情形。检察机关能否切实履行主动进行羁押复查的义务成为一个疑问。同时,作为关系到自身切身利益的被羁押人及其法定代理人、辩护人却无权申请启动羁押复查制度让人无法理解。有人会说,刑事诉讼法第95条规定了犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人有权申请变更强制措施。变更包含从重到轻、也包含从有到无。当事人等有权申请变更,自然包含对于不必要羁押时,申请检察院启动羁押复查制度,请求予以释放或者变更强制措施。但是从该条第2款的规定可以得知,该条的申请权指向的与刑事诉讼所处阶段对应的国家机关。至少有两个阶段(侦查和审判阶段)的强制措施决定程序检察机关是无法介入的。因此,不能认为第95条赋予了被羁押人及其法定代理人、近亲属或者辩护律师羁押复查程序的启动权。从国外立法例考察,意大利、日本、英国等法治发达国家通常都赋予了当事人申请权。如《日本刑事诉讼法》第87条规定:“羁押理由或者羁押的必要消失后,法院应当依据检察官、被羁押的被告人或其辩护人、法定代理人、保佐人、配偶、直系亲属或兄弟姐妹的请求,或依据职权,以裁定撤销羁押”。<sup>[5]</sup>一项旨在保障被羁押人基本人权的制度,被羁押人却没有权利申请启动,实为一大疏漏。在“尊重和保障人权”原则的指导下,应当在司法解释中对诉讼参与人的诉讼权利予以扩大。赋予诉讼参与人启动羁押复查制度的权利,也可以制约检察机关,使其更切实地行使该项权力。

#### (三) 羁押复查制度的复查周期

刑事诉讼法第93条对于羁押复查制度的周期没有规定,一切都交付检察机关自由裁量。这样可能会不适当地延长复查周期,对于被羁押人权利的保障是有害无益的。因此,应当对羁押复查的周期进行明确规定。综观国外立法例,羁押复查的周期各不相同,大致在15日至3个月之间。最严格的立法例系芬兰刑事诉讼法,第21条规定对于犯罪嫌疑人参加听证被羁押的,法庭应对审前羁押每两周复查一次,直到起诉为止。最宽松的则是德国和我国澳门地区,其规定的复查周期为三个月。根据我国的实际情况,可以对羁押复查的周期做如下规定:首先,羁押期每满一个月,由检察机关驻所检察室对羁押必要性进行审

查。如果发现羁押必要性发生变化的,及时通知所属检察机关。其次,在各个诉讼阶段羁押期限届满时,应当再次进行复查。最后,每一个诉讼阶段终结,被羁押人被换押的、亦应当对羁押必要性进行审查。

#### (四) 羁押复查制度审查的内容与方式

从刑法第93条的字面含义来理解,羁押复查制度审查内容为犯罪嫌疑人、被告人是否有继续羁押的必要性。既然羁押复查制度在于审查羁押是否有必要,也应当包含对逮捕时是否符合逮捕条件进行审查,以发挥该制度的事后纠错功能。<sup>[4]</sup>当然,由于适用逮捕时会经过两道关卡,首先公安机关在提请审查批准之前会自行审核是否符合逮捕条件,在形成内心确信后才移送检察机关。其次,检察机关同样会对公安机关移送的证据材料进行审核,以确定是否批准逮捕。因此,事后纠错功能只是羁押复查制度的次要功能,主要功能仍在于审查是否具有继续羁押的必要性。

复查的具体方式可以采用听证会的方式,允许犯罪嫌疑人、被告人等参与听证会,对未决羁押是否符合法定条件、是否超过法定羁押期限、是否有必要继续羁押等充分发表自己的意见。同时可以借鉴刑事诉讼法第86条第2款“人民检察院审查批准逮捕,可以询问证人等诉讼参与人,听取辩护律师的意见;辩护律师提出要求的,应当听取辩护律师的意见”之立法模式,规定在听证会过程中,可以听取辩护律师的意见;如果辩护律师要求对未决羁押必要性发表意见的,检察机关应当听取辩护律师的意见。通过辩护权的行使,以改善当事人及其法定代理人、近亲属的弱势地位,以辩护权对抗检察权,更好地维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权利。

#### (五) 羁押复查结论的效力

一项诉讼制度,无论实施的程序、步骤规定得多么完善,如果所得出的结论缺乏强制力,不仅会使实施阶段的所有努力白费,更无法实现该制度所追求目的。目前的羁押复查制度就存在这样的问题,刑事诉讼法第93条规定人民检察院认为不需要羁押的,应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在十日内将处理情况通知人民检察院。羁押复查制度下,检察机关只有释放或者变更强制措施的建议权。建议,顾名思义,就是检察机关向有关机关提出的不具有强制性的意

见,有关机关可以接受、也可以不接受。试想,检察机关尽职尽责地对羁押必要性进行审查进而得出了不需要羁押的结论,以建议的方式向有关机关提出意见,有关机关却不接受(这也是符合刑事诉讼法规定的),那么检察机关之前所有的工作就变得没有丝毫价值,纯粹是对司法资源的浪费,致使羁押复查程序虚化。欲实现立法对于羁押复查制度的期望,必须要赋予复查结论强制力。只有对相关机关课以遵守羁押复查结论的义务,才是提高该制度权威性、实效性的良方。在司法实践中,可能存在这样一种情况——有关机关可能对检察机关的结论持不同意见,而此时有关机关的判断更加准确。在这种情况下,可以借鉴刑事诉讼法第90条的做法——检察机关不批准逮捕的决定作出后,公安机关认为有错误的时候,可以申请复议、甚至提请复核,但是必须要立即执行。羁押复查制度中,如果有关机关认为检察机关的建议存在错误的,在立即执行(将被羁押人释放或者变更其他强制措施)的前提下,可以向检察机关申请复议,如果意见不被接受,可以提请上一级检察机关复核。需要着重强调的是检察机关的意见必须得到立即执行。

#### (六) 羁押复查制度的救济措施

“有权利必有救济”。刑事诉讼法第93条未赋予犯罪嫌疑人、被告人及法定代理人、近亲属、辩护律师的救济权,使羁押复查制度完全是在公权力的范围内进行。然该制度攸关犯罪嫌疑人、被告人的人身自由及其他权利,在国家机关行使职权出现错误时,应当赋予当事人申请救济的权利。刑事诉讼法第95条赋予了以上主体申请变更强制措施的权利,为羁押复查制度救济措施的构建提供了依据和思路。救济措施可以分为两个阶段:第一,在检察机关审查阶段,如果认为检察机关的建议有错误的,可以申请复议或者向上一级检察机关申请复核。如果检察机关拒绝接受意见又不给出合理的解释说明的,可以直接向上一级检察机关申诉。第二,在建议的执行阶段,如果有关机关不执行或者不按照建议执行,当事人及其他主体可以向作出建议的检察机关申诉,要求其监督执行。同时,检察机关也应当加强对建议执行情况的监督。刑事诉讼法第93条规定有关机关在10日内将执行情况通知检察机关,该条文还包含另外一部分的含义,就是检察机关在建议没有得到切实

执行时有权督促的内容。当然,这必须要以羁押复查制度的保障措施完善为前提。

### (七) 羁押复查制度的保障措施

“在自然状态下的每一个人都是自然法的裁判者和执行者,而人们往往又习惯于偏袒自己……同时,疏忽和漠不关心的态度又会使他们对于别人的情况过分冷淡”。<sup>[6]</sup> 羁押复查制度的运行离不开相应的保障措施。没有惩戒措施予以限制的公权力最终会异化为侵犯权利的利器。因此,为了保证羁押复查制度涉及的相关权力主体能切实、依法行使权力,有必要制定相应的制裁举措作为制度保障。<sup>[7]</sup> 处于羁押状态的犯罪嫌疑人、被告人的人身自由被剥夺,如果在羁押必要性发生变化时,由于相关主体或工作人员的不作为、漠不关心、错误导致继续羁押,实为非法羁押,是对人权的侵犯。为了杜绝这种情形的出现,必须要设立制裁补救措施,对有关机关及相关责任人员给予不利益,同时给被非法羁押的当事人予以赔偿。至于国家赔偿的问题,已经有相关的立法予以明确规定,在此不再赘述,本文主要关注程序性制裁的问题。保障措施的建构构想如下:情节轻微,未对当事人的人权和其他合法权益造成重大损失的,给予相关责任人员予以行政处分,诸如警告、严重警告等;情节严重,造成严重后果的,相关责任人员应调离业务岗位,构成犯罪的,依法追究其刑事责任。同时,给当事人造成的损失,在国家赔偿后,向有关人员予以追偿。

## 四、结语

“尊重和保障人权”不仅应当在法典中予以

确认,更要成为公安司法机关及其工作人员在办案过程中信仰和坚持的理念。羁押复查制度是在保障人权理念下构建的具有重大意义的机制,鉴于第93条规定过于原则、不具操作性,如何构建一个完整的、内涵周延的羁押复查制度是当前迫切需要解决的问题。新刑事诉讼法颁布后,最高人民法院、最高人民检察院、公安部都在紧锣密鼓地进行本部门的解释性文件的起草、制定工作。此时,在“尊重和保障人权”理念的指引下,从立法目的和意图出发,提出科学构建羁押复查制度的合理化建议显得意义非凡。

### [参考文献]

- [1] 陈光中. 中华人民共和国刑事诉讼法修改条文释义与点评[M]. 人民法院出版社,2012:3.
- [2] 陈卫东. 刑事诉讼法实施问题调研报告[R]. 中国方正出版社,2001:19.
- [3] 杨宇冠. 国际人权法对我国刑事司法改革的影响[M]. 中国法制出版社,2008:1.
- [4] 陈光中,徐静村. 刑事诉讼法学[M]. 中国政法大学出版社,1999:86.
- [5] 宋英辉,译. 日本刑事诉讼法[M]. 中国政法大学出版社,2000:22.
- [6] 洛克. 政府论(下)[M]. 叶启芳,瞿菊农,译. 商务印书馆,1996:78.
- [7] 房国宾. 审前羁押定期复查制度:透析与前瞻[J]. 前沿,2010(5).

(责任编辑:杨睿)

## On Scientific Construction of Custody Review System

DONG Lin-tao<sup>1</sup>, QIAN Xing-ru<sup>2</sup>

(1. China University of Political Science and Law, Beijing100088, China; 2. Liangping County Land and Resources Monitoring Bureau, Chongqing405200, China)

**Abstract:** Existing in the judicial practice of high arrest rate, high rate of custody problem, has become China's illness in the process of criminal justice, not only infringe upon the criminal suspect or the defendant's basic human rights, and influence our international reputation in the field of criminal justice. The new criminal procedural law has adopted various measures to try to reduce the rate of arrest and detention, in order to carry out "respect and protect human rights" concept, and maintain the criminal suspect or the defendant's basic human rights and other legal rights. Custody review system stipulated in the ninety-third article of the criminal procedure law is therefore an example. But the rules are too principle, lack of operability. How to scientifically construct custody review system, make it becomes the system integrity, content reasonable and the actual effect of the guarantee of human rights measures become the major problems to be solved.

**Key words:** pending detention; custody review; the guarantee of human rights; scientific construction.